Otto Herzfeld.

Das absolute Recht am Gewerbebetriebe.

Paderborn.
Junfermannsche Buchdruckerei.
1905.

Das absolute Recht am Gewerbebetriebe.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Otto Herzfeld,
Gerichtsreferendar in Paderborn.

ACAD. LUDOVIC. BIBL.

Paderborn, 1905.
Junfermannsche Buchdruckerei.

Disposition.

I. Einleitung: Thema . . . . . § 1
II. Ausscheidung des öffentlichen Rechtes der Gewerbefreiheit § 2
III. Stellung des Problems . . . . . § 3
IV. Lösung des Problems durch das absolute Recht am Gewerbebetriebe:
1) Kategorisierung des Rechts . . . . . § 4
2) Existenz des Rechts . . . . . § 5
3) Charakterisierung des Rechts . . . . . § 6
4) Begrenzung und Funktionen des Rechts . . . § 7
V. Verhältnis des Rechts zur Vermögensschädigung gegen die guten Sitten . . . . . § 8

§ 1.

In jüngster Zeit hat im Anschluß an eine Entscheidung des Reichsgerichts [1]) in Rechtsprechung und Wissenschaft die Ansicht allgemeine Geltung gewonnen, daß die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches ergänzend in die Lücken des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 eingreifen können.[2]) Im Zusammenhange damit haben die Bestrebungen aus den Kreisen der Gewerbetreibenden, die sich bald nach dem Erlasse des Wettbewerbsgesetzes erhoben und auf eine Erweiterung des hier gebotenen Schutzes abzielten, an Stärke und Bedeutung verloren und teilweise eine andere Richtung eingeschlagen. Man verlangt nicht mehr so sehr eine Erweiterung des zivilrechtlichen Schutzes als eine Verschärfung und Vermehrung der Strafbestimmungen.[3]) Weitere gesetzgeberische Maßnahmen auf zivilrechtlichem Gebiete dürften daher in nächster Zeit zum Schutze des Gewerbebetriebes nicht zu erwarten sein.

Wenn gesagt wird, die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches treten ergänzend in die Lücken des Wettbewerbsgesetzes ein, so ist damit besonders die Bestimmung des § 826

---

[1]) Entsch. des R.-G. in Ziv.-Sach. Bd. 48. S. 114 ff.

[2]) Vgl. Pinner: Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Kommentar S. 169 und die dort Zitierten.

[3]) Vgl. Schmid: „In welchen Punkten ist das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs abänderungsbedürftig?" in der Zeitschrift für unlauteren Wettbewerb 1903 Nr. 5 ff. und Pöschl: Die Praxis des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs S. 3 und unter: Abänderungsvorschläge.

B.G.B. gemeint,[1]) und diese ist es auch, welche regelmäßig in den gerichtlichen Entscheidungen herangezogen wird, wo die Vorschriften des Wettbewerbsgesetzes keine Handhabe zur Verfolgung bieten. Diese Rechtsnorm verpflichtet denjenigen zum Ersatze, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem andern vorsätzlich Schaden zufügt. — Die Rücksicht auf die guten Sitten durchdringt unser ganzes Rechtssystem; es ist ein Grundsatz unserer Rechtsordnung, daß, was sittlich nicht erlaubt ist, auch rechtlich unzulässig ist. Jedoch die Regeln, welche die guten Sitten geben, zur unmittelbaren Bildung von Rechtsnormen, zur Entscheidung von Rechtsfällen heranzuziehen, kann immer nur als ein Notbehelf betrachtet werden. Auch würde die technische Anwendung des Begriffs der guten Sitten Schwierigkeiten bieten. Was die guten Sitten sind, darüber entscheidet nach der Definition des Reichsgerichts die Anschauung aller billig und gerecht Denkenden.[2]) Es ist klar, daß der Begriff nicht geeignet ist, in schwierigen Grenzfällen ein brauchbares Kriterium zu bieten; dazu ist er zu dehnbar und unbestimmt. Andererseits sind die Voraussetzungen des § 826 zu eng; in manchen Fällen, welche auch nicht dem Wettbewerbsgesetze unterliegen, würde der § 826 versagen, während doch das Rechtsbewußtsein eine Abhülfe verlangt; man denke z. B. an einen grobfahrlässigen Verrat fremder Geschäftsgeheimnisse.[3]) Als Ergänzung der Vorschriften des Wettbewerbsgesetzes mag jedoch der § 826 immerhin solange dienen, als ein anderer Weg, den Schutz des Gewerbebetriebes zu erreichen, nicht gangbar erscheint.

[1]) Vgl. Entsch. des R.-G. in Ziv.-Sach. Bd. 56. S. 275 ff., Bd. 48. S. 124.

[2]) Vgl. R.G.B. Bd. 48. S. 124, Motive znm Entwurf des B. G. B Bd. 2. S. 727.

[3]) Vgl. Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Aufl. S. 88 Beispiele Nr. 4 und 5.

Gegenwärtig, wo die Rechtsbildung auf diesem Gebiete zu einem gewissen Abschlusse gelangt ist, insofern neue Gesetze nicht zu erwarten sind, ist es an der Zeit, den vorhandenen Rechtsstoff wissenschaftlich zu bearbeiten. Aufgabe der Wissenschaft ist es dabei, den Schutz des Gewerbebetriebes auf einer einheitlichen Grundlage aufzubauen, aus einem einheitlichen Rechtsgedanken zu entwickeln. Für den Schutz des Gewerbebetriebes sind die Faktoren bereits gegeben, die bezüglichen Einzelerscheinungen stehen fest, und die Probleme sind schon aufgestellt; es handelt sich nunmehr darum, von den Einzelerscheinungen zu abstrahieren, und die Frage ist, ob es möglich sein wird, den Schutz des Gewerbebetriebes aus einem einheitlichen Rechtsgrunde heraus erfolgen zu lassen.

Das Ziel dieser Rechtskonstruktion müßte sein, ein Recht, und zwar ein Privatrecht am Gewerbebetriebe zu entwickeln. Denn nur ein Privatrecht am Gewerbebetriebe könnte einen umfassenden Schutz bieten, alle anderen dem Gewerbebetriebe angehörenden Befugnisse in sich fassen.

Damit ist die Frage genügend präzisiert: Giebt es ein Privatrecht am Gewerbebetrieb?

§ 1.

Am nächsten würde es liegen, die Befugnis jedes Deutschen, ein Gewerbe auszuüben, zur Bildung dieses Rechtsbegriffes zu verwenden. Eine weit verbreitete Ansicht sieht in dieser Befugnis ein subjektiv-öffentliches Recht auf Gewerbefreiheit. Könnte dieses subjektiv-öffentliche Recht auch die Funktionen eines Privatrechts am Gewerbebetriebe vertreten? Man wird diese Frage verneinen müssen; wenn wir dieses Resultat unserer Prüfung vorausschicken, können wir die Voraussetzung dieser Begriffsentwicklung, ob überhaupt ein subjektiv-öffentliches Recht auf den Gewerbebetrieb existiert, dahingestellt sein lassen.

Ob die subjektiv-öffentlichen Rechte auch privatrechtliche Befugnisse gewähren, diese Frage ist unter der Herrschaft des B.G.B., soviel wir sehen, lediglich unter dem Gesichtspunkte behandelt worden, ob sie zu den „sonstigen Rechten" gehören, die der § 823 Abs. 1 B.G.B. gegen unerlaubte Handlungen schützt.

Wenn auch die Frage an sich viel umfassender ist, so können wir uns in der Erörterung auf die bislang gezogene Grenze beschränken, weil schon in diesem Rahmen die grundsätzlichen Gesichtspunkte genügend hervortreten.

Die Ansicht, daß auch die öffentlichen Rechte durch § 823 Abs. 1 geschützt seien, ist zuerst aufgestellt worden von v. Liszt in seinem Werke über die Deliktsobligationen.[1]) Als Beispiel für eine Verletzung eines öffentlichen Rechtes, die einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 zur Folge hätte, führt er den Fall an: Ein Wahlmann wird verhindert, den fahrplanmäßigen Zug zu benutzen, und muß deshalb in einem Sonderzuge reisen, um noch rechtzeitig zur Wahl zu kommen. Hier soll ein Vermögensschaden aus der Verletzung des öffentlichen Rechtes zu wählen, entstanden sein. Dernburg[2]) und Crome[3]) nehmen den Gedanken auf und wiederholen das Beispiel.

Würden auch die öffentlichen Rechte unter den Tatbestand des § 823 fallen, so müßte auch die fahrlässige Verletzung ersatzpflichtig machen und es müßte ein Unterlassungs-

---

[1]) v. Liszt: Die Deliktsobligationen im Systeme des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1898. S. 26. Der Fall des § 107 B.G.B. liegt nicht vor, da sonst § 823 Abs. 2 B.B.B. eingreifen würde.

[2]) Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens. Bd. 2. Abteil. 2. Halle 1901. § 383. Anm. 6.

[3]) Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen u. Leipzig 1902. Bd. 2. § 325. Anm. 33. — A. M. Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. S. 596. 1) a u. b.

anspruch gegeben sein.[1]) Hierfür ist kein Raum, da die Staatsgewalt unmittelbar eingreift. Vor allem müßte nach dem Wortlaut des § 823 nicht nur die Verletzung eines öffentlichen Rechts durch einen Privaten, woran v. Liszt offenbar nur gedacht hat, sondern auch durch den Staat selbst ein privatrechtliches Delikt bilden, wenn daraus ein Vermögensschaden entsteht. Nun aber regulieren die subjektiv-öffentlichen Rechte nur das Verhältnis zwischen dem Einzelnen und dem Staate, ein dritter kann garnicht darin eingreifen.[2]) Also bliebe als privatrechtliches Delikt nur die Verletzung eines öffentlichen Rechtes durch den Staat. Diese Konsequenz erscheint unmöglich, und daraus folgt, daß die öffentlichen Rechte im § 823 nicht einbegriffen sind. Die Privatrechtsordnung schützt eben nur die Privatrechte des Einzelnen; die Verletzung eines öffentlichen Rechtes bildet nur dann ein privatrechtliches Delikt, wenn ein Privatrecht aus dem öffentlichen hervorgegangen ist.

Wenn ein Privater einen Wahlmann hindert zu wählen, so müßte v. Liszt in jedem Falle eine Verletzung der Freiheit annehmen, die er definiert als das Recht auf ungestörte Willensbestimmung.[3]) Wir würden im einzelnen Falle erwägen, ob nicht schon die Art der Verhinderung den Tatbestand eines privatrechtlichen Deliktes darstellt, und danach entscheiden, ob ein Anspruch besteht.

§ 3.

Da das öffentliche Recht auf Gewerbefreiheit nicht in Betracht kommt, müssen wir untersuchen, ob sich ein privates

---

[1]) Vgl. Entsch. des R.-G. in Ziv.-Sach. Bd. 48. S. 120, und unten S. 54.

[2]) Meyer: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. Leipzig 1899 S. 722.

[3]) Liszt a. a. O. S. 24.

Recht in bezug auf den Gewerbebetrieb feststellen läßt. Zu diesem Zwecke müssen wir ziemlich weit zurückgreifen bis auf den etwas allgemeinen Satz, daß es die Aufgabe des Rechts ist, die Gesellschaftsordnung zu schützen. Die gegenwärtige Gesellschaftsordnung ist eine individualistische im Gegensatz zur mittelalterlichen Gruppenordnung und auch im Gegensatze zu einer denkbaren sozialistischen. Und zwar ist wieder im Gegensatze zur antiken Gesellschaftsordnung jeder einzelne Herr seiner eigenen Machtsphäre.

Der Staat hält die Gesellschaftsordnung so aufrecht, wie sie entstanden ist. Die erste Funktion des Rechts im modernen Staate muß daher sein und ist daher auch, die Integrität des Einzelnen in seiner Individualsphäre zu erhalten. Die Machtsphäre des Einzelnen umfaßt die Genußgüter,[1]) die seiner individuellen Herrschaft unterworfen sind. Der Kreis dieser Güter kann nach der wirtschaftlichen Entwicklung ein engerer oder weiterer sein. Bei rein naturalwirtschaftlicher Produktion sind Genußgüter des Einzelnen nur die realen Objekte der Körperwelt, die ja auch zuerst zum Gegenstand individueller Herrschaft geworden sind. Bei den Anfängen der geldwirtschaftlichen Organisation treten hinzu die vermögenswerten Beziehungen, die Obligationen, über die der Einzelne disponieren kann. Mit weiterem Anwachsen des Verkehrs treten bei der individualistischen Wirtschaft immer neue Güter in den Machtkreis des Einzelnen; gerade in neuerer Zeit haben die Güter, die man als immaterielle Güter bezeichnet, eine steigende Bedeutung gewonnen. Mit der wachsenden Mannigfaltigkeit des Wirtschaftslebens kommen auch zu den Gütern einfacher Natur zusammengesetzte, kompliziertere hinzu. Neben Sachen treten

[1]) Wegen der Terminologie vgl. Kohler: „Recht und Prozeß" in Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht. Bd. 14. S. 1, auch Regensberger: Pandekten S. 74 und 204.

Warenlager, neben einzelne Gerätschaften Fabriken; den wichtigsten Genußgüterkomplex bildet als die wichtigste Einkommensquelle für den Einzelnen, in dessen Hand er sich befindet, der privatwirtschaftliche Gewerbebetrieb, der die Grundlage der heutigen gesellschaftlichen Wirtschaft ist. „Der Gewerbebetrieb ist ein Komplex von zu einem bestimmten kommerziellen oder industriellen Zwecke vereinigten Produktionsmitteln, eine Zusammenfassung von Sachen, Forderungen und Schulden, Kräften und Beziehungen.“ [1]) Aber wenn auch die Bestandteile, die hier zusammengefaßt sind, ziemlich disparater Natur sind, so bildet doch ihre Verbindung eine Einheit, einen einheitlichen Wert.[2]) Täglich können wir uns an den Vorgängen des Verkehrslebens davon überzeugen, daß der Gewerbebetrieb ein wirtschaftliches Gut ist. Er wird in Geld abgeschätzt und als Ganzes zum Gegenstande des Rechtsverkehrs gemacht, insbesondere wird er verkauft. Dabei geschieht es, daß die einzelnen Teile gesondert gewertet werden. Aber daraus darf man nicht schließen, daß die Teile einen selbständigen Wert hätten, und sie einzeln betrachten. Denn die Teile werden nicht geschätzt als Einzeldinge, jedes für sich, sondern als Teile eines Ganzen. Allein haben sie nur einen geringen oder keinen Wert; ihren Wert empfangen sie erst aus ihrer Vereinigung zur Hervorbringung eines wirtschaftlichen Erfolges, aus ihrem Zusammenwirken im Dienste einer leitenden Idee. In ihrer Verbindung stellen die Teile einen anderen, neuen, größeren Wert dar als in ihrer Vereinzelung. Nimmt man einen Teil fort, so zerstört oder mindert man nicht nur den Wert des Teiles, sondern auch des Ganzen.

Der Gewerbebetrieb ist wirtschaftlich ein einheitlicher

[1]) Vgl. Gareis: Das deutsche Handelsrecht. 6. Aufl. S. 95.

[2]) Vgl. Stegemann: Die Vererbung eines Handelsgeschäftes, 1903. §§ 4 und 5.

Wert, und ein einheitlicher Wert ist für das Individuum ein einheitliches Genußgut. Als solches bedarf er des Rechtsschutzes. Das folgt einerseits aus der individualistischen Struktur der heutigen Gesellschaft, die sich auf die Aufrechterhaltung der individuellen Machtkreise gründet, andererseits aus der nationalökonomischen Notwendigkeit, vorhandene Werte zu erhalten. Der Privatrechtschutz ist kein theoretisches Erfordernis, sondern praktisch notwendig, weil gerade dieses Genußgut durch die Entwicklung des heutigen Verkehrslebens besonders bedroht ist.

Die Angriffe, denen es ausgesetzt ist, lassen sich in zwei Kategorien zerlegen. Einesteils sucht das eine Individuum, der eine Geschäftsmann seine individuelle Macht auf Kosten des anderen zu vergrößern; insoweit handelt es sich um den Kampf des einzelnen gegen den einzelnen. Andererseits suchen ganze Unternehmerverbände die individuellen Sphären in sich aufzusaugen; insoweit handelt es sich um einen Ersatz der individualistischen, auf Konkurrenz aufgebauten Wirtschaft durch Monopolwirtschaft.[1]) Der Konkurrenzkampf der einzelnen Gewerbetreibenden untereinander ist eine Folge der Gewerbefreiheit. In der heutigen Gesellschaft stoßen hier zwei Prinzipien zusammen, und das rechtliche Problem lautet: Wie läßt sich die Gewerbefreiheit mit dem Schutze der Individualsphäre vereinigen? Kraft der Gewerbefreiheit zieht der eine Konkurrent die Kundschaft des anderen Konkurrenten an sich, indem er seine Waren billiger verkauft,

[1]) Ein Versuch zur Monopolbildung kann zwar auch von einem Einzelnen ausgehen; aber ein Einzelner wird nicht leicht die Möglichkeit haben, einen ganzen Gewerbezweig in seiner Hand zu monopolisieren. Für die Art des wirtschaftlichen Kampfes ist es auch gleichgültig, ob auf der einen Seite ein Einzelner statt eines Verbandes steht. Es wird daher im Folgenden nicht berücksichtigt werden, daß Monopolbildungen auch von einem Einzelnen ausgehen können, was auch dazu dienen mag, sie besser zu charakterisieren.

Reklame macht, sich bessere Bezugsquellen verschafft und anderes mehr. Es fragt sich, wo die Grenze für die Geltendmachung der individuellen Machtbetätigung, hier des Erwerbstriebes, zu ziehen ist. An dieses Problem hat die deutsche Gesetzgebung in der Weise Hand angelegt, daß sie dem einzelnen Gewerbetreibenden gewisse Handlungen verboten und sie teils zu privatrechtlichen, teils zu strafrechtlichen Delikten gestempelt hat.

Die Angriffe, denen der individuelle Gewerbebetrieb durch die Unternehmerverbände ausgesetzt ist, sind an sich nicht sowohl eine Folge der Gewerbefreiheit als solcher, sondern der diesen Verbänden innewohnenden Zentralisierungstendenz,[1]) die ihrerseits wieder dem Gesetze der ökonomischen Sparsamkeit, der möglichsten Verringerung des Kapital- und Kraftverbrauchs folgt. Durch die Vereinigung der Gewerbebetriebe in einer Hand, durch die Trust-, Syndikats- und Kartellbildung werden Kosten an Reklame gespart, wird die gegenseitige Unterbietung verringert oder beseitigt, eine konstante Preisbildung erzielt; das gesamte, im Gewerbebetriebe investierte Kapital arbeitet gleichmäßiger, risikofreier und gewinnsicher.[2]) Es ist unleugbar ein latenter Widerspruch vorhanden zwischen der individualistischen Gesellschaftsordnung und dem Gesetze der ökonomischen Sparsamkeit, das die Tendenz in sich birgt, die individualistische Wirtschaftsweise zu beseitigen. Eine individualistisch organisierte Gesellschaft muß, wenn sie sich aufrecht erhalten will, entweder die Wirkungen dieses nationalökonomischen Gesetzes zu paralisieren

---

[1]) Vgl. Kleinwächter: „Kartelle" in Konrads Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Nr. 3; Bücher: „Die wirtschaftlichen Kartelle" in den Schriften des Vereins für Sozialpolitik. Bd. 61. S. 144 ff.

[2]) Vgl. Landsberger: „Welche Maßregeln empfehlen sich für die rechtliche Behandlung der Kartelle?" Gutachten zum 26. deutschen Juristentag. Bd. 2 der Verhandlungen 1902. S. 332/3.

suchen: sie kann die Kartell- und Trustbildung verbieten, wie in Amerika,[1]) oder sie muß suchen, die Trusts zu beaufsichtigen und derart zu beeinflussen, daß sie der individualistischen Wirtschaftsweise möglichst wenig gefährlich werden.[2]) Beide Wege hat die Gesetzgebung verschiedener Staaten eingeschlagen.

Die Frage lautet nun, ob sich nicht auch auf der Grundlage der deutschen lex lata das Genußgut des Gewerbebetriebes zu einem geschützten Gute, zu einem Rechtsobjekte gestalten läßt, ob der einzelne Unternehmer ein subjektives Privatrecht an seinem Gewerbebetriebe hat. Läßt sich ein solches Privatrecht begründen? Gilt die Integrität des privaten Gewerbebetriebes schon heute als Rechtsgrundsatz, so würde sich von dieser Basis aus eine befriedigende Lösung beider Probleme vielleicht erreichen lassen.

§ 4.

Zu einem allgemein anerkannten Rechtsgedanken hat sich freilich der Grundsatz, daß der Gewerbebetrieb als ganzes privatrechtlich geschützt sei, noch nicht durchgerungen. In Deutschland hat sich hier, wie so oft in ökonomischen Dingen, die Entwicklung in Kurven bewegt. Es wäre mit dem Sach- und Eigentumsbegriffe des preußischen Landrechts[3]) möglich gewesen, unmittelbar zu einem befriedigenden Ergebnis zu gelangen, ebenso wie die französische Jurisprudenz dies mit dem gleichwertigen Sach- und Eigentumsbegriffe des französischen Rechts, wenn auch nicht in ganz sachgemäßer Weise, erreicht hat. Man hätte den ganzen Gewerbebetrieb als eine

---

[1]) Vgl. z. B. Landsberger a. a. O. 358.

[2]) Über den österreichischen Kartellgesetzentwurf vgl. Grunzel: Über Kartelle. 1902. S. 173 ff.

[3]) Vgl. Dernburg, Preußisches Privatrecht. Bd. 1. S. 132, 445; Stobbe-Lehmann: Deutsches Privatrecht. 1896. Bd. 2.[1]. S. 281/2.

Sache und den Unternehmer als Eigentümer ansehen können. Praktisch ging diese Möglichkeit verloren, weil die preußische Gesetzgebung nicht zur Grundlage der wissenschaftlichen Forschung, kein nationales Gesetzgebungswerk in diesem Sinne wurde. Die deutsche Theorie griff vielmehr zurück auf den engen Sach- und Eigentumsbegriff der Pandekten und sah sich beim Auftauchen der neuen Genußgüter vor die Notwendigkeit gestellt, für sie neue technische Ausdrücke zu finden, sie neu zu kategorisieren.

Vom Standpunkte der heutigen deutschen Theorie ist das Privatrecht am Gewerbebetriebe als ein Immaterialgüterrecht zu bezeichnen. Der Urheber dieses Begriffes ist Kohler; [1]) in Anlehnung an ihn, wenn auch nicht ganz mit ihm übereinstimmend, bezeichnen wir die neugeschaffenen Rechte, soweit sie in die Vermögenssphäre des einzelnen hineinfallen, als Immaterialgüterrechte, soweit sie dagegen der ideellen Sphäre angehören, nach der herrschenden Anschauung nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sind, als Individualrechte. Für unsere Betrachtung ist es nicht notwendig, auseinanderzusetzen, welche Rechte im einzelnen als Immaterialgüterrechte, welche als Individualrechte anzusehen sind. Beide Begriffe sind noch im Flusse, sie haben sich noch nicht vollständig konsolidiert. Für uns genügt es, das Recht am Gewerbebetriebe bei den Immaterialgüterrechten unterzubringen: es stellt einen abschätzbaren Wert dar, ist veräußerlich, vererblich, pfändbar und unterliegt als Ganzes dem Konkursbeschlage. [2]) Sachlich ist der Unterschied für dieses Recht freilich ziemlich geringfügig, ob wir es als Im-

---

[1]) Vgl. Kohler: „Das Autorrecht" in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 18. S. 129 ff., besonders 202; „Zur Konstruktion des Urheberrechts" im Archiv für bürgerliches Recht von Kohler und Ring. Bd. 10. S. 248, 249, 258.

[2]) Über das Firmenrecht im Konkurse vgl. unten.

materialgüterrecht individualisieren oder es mit Gierke in dem allgemeinen Kreise der Persönlichkeitsrechte belassen. Gierke definiert die Persönlichkeitsrechte als Rechte an Bestandteilen der Persönlichkeitssphäre.[1] „Grundsätzlich gilt als Ausfluß des Persönlichkeitsrechtes das Recht zu beliebiger Erwerbstätigkeit. Sodann entsteht durch deren Erfolg ein Privatrecht auf einen besonderen Bereich wirtschaftlicher Tätigkeit."[2] Dieses Recht charakterisiert er als ein Persönlichkeitsrecht an der Individualität des Geschäftsbetriebes.[3] Wir nennen eben das Recht am Gewerbebetriebe, das Gierke als Persönlichkeitsrecht bezeichnet, Immaterialgüterrecht.[4] Für uns handelt es sich hier nur um einen Streit um Worte. Vorzuziehen ist aber diese Trennung der Individual- von den Immaterialgüterrechten aus dem Grunde, weil sonst vermögenswerte Rechte mit allen möglichen Rechten ideeller Natur konfundiert werden, und weil die subjektive Rechtsmacht bei dem Immaterialgüterrecht gleichgestaltet ist dem subjektiven Rechte bei den anderen vermögenswerten Rechten.

---

[1]) Gierke: Deutsches Privatrecht. S. 702.

[2]) Gierke a. a. O. S. 713.

[3]) Gierke: „Der Rechtsgrund des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb" in der Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz. 1895. 4. Jahrg. S. 116. — Ebenso: Gareis: „Das Reichsgesetz vom 27. Mai 1896 zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes", Sonderabdruck aus Seufferts Blättern für Rechtsanwendung. S. 16; Schramm: Inwieweit ist der Gewerbebetrieb nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches geschützt? S. 37 ff.; Pinner: Kommentar zum Gesetze gegen den unlauteren Wettbewerb. S. 3; Müller: Kommentar zum Wettbewerbsgesetze. S. 19.

[4]) Ebenso Örtmann: „Unterlassungsansprüche aus unerlaubten Handlungen" in der deutschen Juristenzeitung. 1904. S. 622. — Vgl. Örtmann: „Die Entschädigung der Privatpostanstalten", a. a. O. 1899. Nr. 5; Örtmann: Kommentar zum Recht der Schulverhältnisse. S. 557 zu 823 3 b; Endemann: Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts. 1903. Bd. 1. § 200 Anm. 24.

Praktisch führt uns diese neue Begriffsbildung schließlich zur Begriffsbildung des preußischen Landrechts zurück. Kohler verteidigt sich zwar gegen den Vorwurf, daß er mit dem Immaterialgüterrecht wieder das gewerbliche Eigentum einführe, gibt aber zu, daß es ein dem Eigentum verwandtes Recht sei, und hat auch gegen den Gebrauch des Wortes Eigentum nichts einzuwenden; er verlangt nur beachtet zu wissen, daß die Verschiedenheit des Substrats auch eine verschiedene Ausgestaltung des Rechts bedingt.[1]) Dem ist zuzustimmen. Demnach handelt es sich auch hier im wesentlichen nur um einen Streit um Namen, um die technische Bezeichnung, nicht um das Wesen der Sache.

§ 5.

Es ist jetzt denkbar, ein Eigentum am Gewerbebetriebe anzunehmen, ein Immaterialgüterrecht daran zu konstruieren. An sich ist dieses Recht ein absolutes Recht, das sich grundsätzlich ebenso gegen jeden dritten wendet, der es verletzt, wie das Eigentum. Seine Begrenzung mit Rücksicht auf den freien Wettbewerb, die Einschränkungen, die es durch das Prinzip der Gewerbefreiheit erfährt und seine sonstigen Modifikationen zu entwickeln, muß für später vorbehalten werden. Hervorgehoben werden soll hier nur, daß es ein absolutes Recht ist.

Inhalt des Rechts ist „die allgemeine Herrschaft" über den Gewerbebetrieb, „soweit nicht das Gesetz oder die Rechte dritter entgegenstehen".[2]) [3]) Das Recht ist, ebenso wie das

[1]) Vgl. Kohler: Deutsches Patentrecht. 1900. S. 56. 57; Kritische Abhandlung in der kritischen Vierteljahrsschrift. 1879. N. F. Bd. 2. S. 191; Autorrecht a. a. O. S. 130.

[2]) Die Definition entspricht der üblichen des Eigentums.

[3]) Das Recht gibt demnach natürlich auch die Befugnis zur Ausübung des Gewerbebetriebes, zur Verschaffung von Kundschaft, zur Be-

Eigentum, übertragbar: das geht daraus hervor, daß der Gewerbebetrieb sowohl zu Nießbrauch als zu Pfandrecht übertragen werden kann. Der Übergang des Gewerbebetriebes geschieht nicht bloß in der Weise, daß der bisherige Inhaber dem Erwerber gestattet, den Betrieb fortan an seiner Stelle und für eigene Rechnung zu führen, wie das Reichsgericht [1]) annimmt: das ist bloß eine Beschreibung des äußeren Hergangs; so vollzieht sich überhaupt die Übertragung eines jeden Rechts. Die Ansicht, daß beim Übergange des Gewerbebetriebes nur ein Eintritt in eine tatsächliche Situation stattfinde, veranlaßt Binder zu der Annahme, daß die Vererbung des Handelsgeschäftes auf einem Widerspruche zwischen dem Handels- und dem Bürgerlichen Gesetzbuche, die Zugehörigkeit des Handelsgeschäftes zur Konkursmasse auf einer Prinzipwidrigkeit der Konkursordnung beruhe, weil zum Nachlasse und zur Konkursmasse nur Vermögensrechte gehörten, am Handelsgeschäfte aber kein Recht bestehe.[2]) Wenn eine Konstruktion zur Annahme einer Antinomie zwingt, so folgt daraus weit eher, daß die Konstruktion falsch ist, als daß

---

tätigung der Persönlichkeit im Betriebe, wie eine Befugnis zur Ausübung des Eigentums besteht. Vgl.: Lobe: Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. 1896. S. 8 u. 10; Lobe: „Die Bestimmungen des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs über Reklame". Sonderabdruck aus dem Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. 1897; Örtmann: Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse a. a. O.; Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts a. a. O.

[1]) Entsch. des R.-G. in Ziv.-Sach. Bd. 37. S. 178.

[2]) Vgl. Binder: Die Rechtsstellung des Erben. 1901. Bd. 1. S. 31 ff. Die Entscheidung der Frage, ob sich der Erbe durch Einstellung des Betriebes gemäß § 1978 B.G.B. haftbar macht, ist unabhängig von der Existenz des Rechtes am Betriebe; die Fortführung des Betriebes steht nach § 27 H.G.B. im Belieben des Erben, mag es ein Recht am Betriebe geben oder nicht. — Gegen Binder auch Stegemann a. a. O. § 9.

eine Antinomie besteht, in diesem Falle also, daß doch ein Recht am Handelsgeschäfte übergeht; bei Annahme dieses Rechts löst sich die scheinbare Antinomie ohne weiteres.

Soll nun die Konstruktion eines einheitlichen Rechts am Gewerbebetriebe richtig sein, so müssen sich alle bezüglichen Einzelerscheinungen darauf zurückführen lassen. Es ist dann nicht bloß die eine Ausstrahlung anzuerkennen, die andere abzulehnen, sondern es sind alle Konsequenzen zu ziehen. Alsdann genügen wir mit der Aufstellung dieses Begriffes der Forderung der juristischen Technik. Das Wesen der juristischen Konstruktion besteht ja darin, einen Oberbegriff zu finden, aus dem sich alle einschlagenden Rechtssätze als Konsequenzen des Begriffes ergeben. Die Kehrseite dieses Gedankens ist, daß dann alle anderen Rechte, die nur eine Seite des Gewerbebetriebes erfassen, überflüssig werden, insoweit das Recht am Gewerbebetriebe diese anderen Rechte schon umspannt und die Folgerungen, die aus jedem Einzelbegriffe gezogen werden müßten, sich schon aus dem Oberbegriffe ergeben. Überflüssig wären demnach die Rechte an Firma und Marke. Es scheint mit unserer Auffassung vom einheitlichen Rechte in Widerspruch zu stehen, daß Firma und Marke zu besonderen Rechtsgütern ausgebildet sind.[1]) Das ist historisch zu erklären. Die einzelnen Güter, die nach außen hin aus dem ganzen Güterkomplex am deutlichsten hervortreten und für jeden leicht erkennbar waren, wurden zuerst entwickelt, und, da ihre Verletzung sofort ins Auge fiel, zuerst geschützt. Vom Standpunkt der juristischen Technik sind diese Rechtsnormen nur Anwendungen eines Prinzips, Ausflüsse des einheitlichen Rechts am Gewerbebetriebe. Es

[1]) Ein Recht an der Firma gibt es noch nicht in England, vgl. Inhülsen: „Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs in England“ in der Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz. Bd. 2. 1897. S. 234 ff., besonders 338.

wird später zu erörtern sein, wie das Recht an Firma und Marke in dem einheitlichen Rechte am Gewerbebetriebe sich auflöst.

Daß ein absolutes Recht am Gewerbebetriebe besteht und die Bildung des Begriffes eine richtige ist, beweisen alle Gesetze und Entscheidungen, die den Schutz des Gewerbebetriebes bezwecken. Sie lassen sich alle aus diesem Rechte erklären, und für sie brauchte der Begriff nicht erst geschaffen zu werden; er ist schon existent. Wenn er auch noch keine allgemeine Anerkennung gefunden hat, so ist er doch schon vielfach zur Anwendung gelangt. Im Reichsgesetz über den unlauteren Wettbewerb erscheinen die verschiedensten Gesichtspunkte für die Bekämpfung des Mißstandes; verboten werden trügerische Reklame, Quantitätsverschleierung, Mißbrauch fremder Unterscheidungszeichen, Anschwärzung des Konkurrenten, Verrat von Geschäftsgeheimnissen; aber alle diese Gesichtspunkte lassen sich unter den einen bringen, daß das Recht am Gewerbebetriebe geschützt werden soll. Hätte der Gesetzgeber diesen erkannt und eingenommen, so wäre es nicht nötig gewesen, die divergierenden Einzelerscheinungen zu regeln. Ebenso liegt den Entscheidungen des Reichsgerichts, die diese Materie betreffen, ein einheitliches Prinzip zu Grunde, ohne daß jedoch bisher eine Entscheidung darauf zurückgeführt wäre. Vielmehr stützt das Reichsgericht alle einschlägigen Entscheidungen, soweit sie sich nicht auf Spezialgesetze gründen, mit der Rücksicht auf die guten Sitten.[1]) Aber auf dem Umwege über

[1]) Vgl. Entsch. des R.-G. in Ziv.-Sach. Bd. 48. S. 114 ff., besonders 124, 126; Bd. 28. S. 238, besonders 248, oben; ferner Entsch. des R.-G. vom 24. X. 1902 in der deutschen Juristenzeitung. VIII. Jahrg. 1903. S. 105; Entsch. vom 11. III. 1904. Urt. II. 493/03 in der D. J.-Z. 1904. Nr. 11. S. 513. — Vgl. auch Entsch. des R.-G. B. 51. S. 384 und Bd. 56. S. 275 ff.; Urt. II. 222/02 vom 11. XI. 1902 in der Juristischen Wochenschrift 1903, Beilage I.

die guten Sitten entwickeln sich neue Rechtssätze, und auch hier tritt schon hinter der Anwendung dieses Begriffes ein einheitlicher Rechtsgedanke hervor. Das Recht am Gewerbebetriebe beginnt Anerkennung zu finden. Darauf beruht es auch, daß das Reichsgericht jetzt dem bürgerlichen Recht die Funktion zuerkennt, die es dem gemeinen, dem französischen und dem Landrechte versagte, ergänzend in die Lücken der Gesetze einzugreifen, die die gewerbliche Tätigkeit schützen sollen.[1]) Das Markengesetz wurde für eine Kodifikation angesehen, das Firmenrecht sollte im H.G.B. erschöpfend geregelt sein.[2]) Jetzt erklärt das Reichsgericht: „Das Gebiet des Rechtsschutzes gegen Schädigungen im Gewerbetriebe ist durch das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb nicht erschöpfend geregelt. Dieses Gesetz bezweckte lediglich, die besonders ausgeprägt zu Tage tretenden Auswüchse des mißbräuchlichen Wettbewerbs abzuschneiden, hat aber nicht alle Erscheinungsformen treffen können. Hier treten ergänzend die Bestimmungen des B.G.B. ein.“ [3]) Es ist denn auch zu erwarten, daß das Reichsgericht früher oder später den Schutz des Gewerbebetriebes mit dem Rechte am Gewerbebetriebe in Verbindung bringen wird. Schon findet sich in einer Begründung die Ansicht ausgeführt: Die Ausübung eines selbständigen Gewerbebetriebes mag, namentlich insoweit dieselbe gegen gewisse Eingriffe dritter durch die Vorschriften des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs besonders geschützt wird, als wohlerworbenes Recht angesehen werden.[4]) Auch die Konsequenz dieser An-

[1]) Vgl. z. B. Alexander-Katz: Die unredliche Konkurrenz. S. 17 ff.; Pinner: Kommentar zum Wettbewerbsgesetze. S. 4 und 5.

[2]) Entsch. des R.-G. in Ziv.-Sach. Bd. 19 S. 57, Bd. 3 S. 67. Zusammenstellung der auf diese und die erste Anmerkung bezüglichen Entscheidungen bei Gierke: Deutsches Privatrecht. S. 714. Anm. 38.

[3]) Entsch. des R.-G. in Ziv.-Sach. Bd. 48. S. 119.

[4]) Entsch. des R.-G. in Ziv.-Sach. Bd. 51. S. 374.

sicht ist bereits ausgesprochen, indem das Reichsgericht das Recht auf Ausübung eines bestimmten Gewerbes, z. B. einer ärztlichen Klinik, des Schutzes des § 823 Abs. 1 B.G.B. teilhaftig erklärt hat;[1]) nur zur Anwendung dieses Satzes ist es bisher nicht gekommen.[2])

In dem einheitlichen Recht am Gewerbebetriebe lassen sich auch die verschiedenen Rechtsformen unterbringen, in denen sich in anderen Kulturländern der Schutz des Gewerbebetriebes bewegt. Denn mögen auch die Rechtsformen verschieden sein, die rechtliche Idee ist doch dieselbe.[3]) Die französische Jurisprudenz erkennt ein Privatrecht auf freien Handel an: „la concurrence est un droit": dieser Satz Laurents[4]) kann als Leitsatz des französischen Rechts betrachtet werden. Besser noch ist der Gedanke ausgesprochen von Valotton:[5]) chacun a le droit d'entrer en concurrence avec d'autres individus ayant la même activité! Wenn sich nun zwar auch der Schutz dieses Rechts zersplittert in der Bekämpfung der einzelnen Angriffe, so haben doch die

---

[1]) Entsch. des R.-G. vom 6. III. 1903 in der Juristischen Wochenschrift. 1902. Beil. S. 227. Nr. 88; ebenso O.L.G. Kiel Entsch. vom 11. VII. 1902 nach Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen zum B.G.B. und den Nebengesetzen. 1. Jahrg. zu § 823. 2) c.

[2]) Die S. 21 bei Anm. 4 angeführten Sätze sind wiederholt in Entsch. des R.-G. Bd. 56. S. 275 ff., ohne daß jedoch der Schutz des Gewerbebetriebes auf das Recht gegründet wird.

[3]) Das schließt freilich nicht aus, daß nebenher noch andere Rechtsgedanken einfließen, z. B. der Schutz des Publikums in Art. 419 des code pénal und der action for passing of im englischen Recht, vgl. Inhülsen a. a. O. S. 226, die Rücksicht auf die guten Sitten und die öffentliche Ordnung in den Art. 1131, 1133 des code civil.

[4]) Laurent: Principes de droit civil. 1893. Nr. 494; vgl. auch Mayer: Die concurrence déloyale in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 26. S. 375.

[5]) Valotton: la concurrence déloyale § 3.

Franzosen als Ziel nicht minder den Schutz des Ganzen im Auge.

Stärker und klarer als im französischen tritt im englischen und amerikanischen Recht der Schutz des Gewerbebetriebes als Zweck der Rechtsbildung hervor. Dieses Recht erklärt Vereinigungen für nichtig oder strafbar, wenn sie auf restraint of trade abzielen [1]) oder tend to create or continue a monopoly,[2]) geht also von vornherein darauf aus, die unbedingte Freiheit der Konkurrenz aufrecht zu erhalten, und erreicht so unmittelbar den Schutz des Gewerbebetriebes. Nord-Karolina [1]) verbietet unter anderem auch die Preise in der Absicht, die Konkurrenz zu vernichten, unter die Produktionskosten herabzusetzen, und bestraft die Übertretung seiner Kartellgesetze als conspiracy against trade. In South-Karolina sind verboten all combinations, which tend to lesson free competition; ähnliche Bestimmungen bestehen in fast allen anderen Staaten der Union.[3]) Zur Erklärung dieser sämtlichen Rechtsbildungen genügt es, sie auf das einheitliche Recht am Gewerbebetriebe zurückzuführen.

§ 6.

Es erscheint verständlich, daß sich das einheitliche Recht am Gewerbebetriebe nur langsam zur Geltung zu bringen vermag, wenn man bedenkt, daß hier die verschiedensten Elemente zu einer neuen Einheit zusammengefaßt werden sollen. Allein es muß ausschlaggebend für die Bildung

---

[1]) Landsberger a. a. O. S. 358.

[2]) Kohler: „Die Ideale im Recht" im Archiv für bürgerliches Recht von Kohler und Ring. Bd. 5. S. 217.

[3]) Vgl. Wanntig: „Industrielle Kartelle und Trusts" in Schmollers Jahrbüchern für Gesetzgebung und Verwaltung. 1991. S. 1211; Levy v. Halle: „Industrielle Unternehmer und Unternehmerverbände" in den Schriften des Vereins für Sozialpolitik. Bd. 60. S. 132.

dieses Rechtes sein, daß wirtschaftliche Einheiten auch rechtliche sein müssen, weil das Recht nur eine Charakterisierung der Wirtschaftsform darstellt. Um ein einheitliches Rechtsobjekt zu bilden, ist nicht notwendig, daß eine Sache auch im natürlichen Sinne eine Einheit sei; nur für eine oberflächliche Betrachtung kann es darauf ankommen, ob eine Sache auch im natürlichen Sinne einheitlich ist. Auch die Einheiten des Sachenrechts sind nur wirtschaftliche Einheiten, keineswegs Einheiten im naturwissenschaftlichen Sinne: auf die physikalische Beschaffenheit kommt es nicht an. Das Erwerbsgeschäft stellt eine Einheit dar im gleichen Sinne wie eine Maschine, ein Organismus oder wie ein Gebäude, ein Landgut, wie denn „landwirtschaftliches Grundstück", „Fabrik" erst aus dem Begriffe des Gewerbebetriebes abgeleitete Begriffe sind.

Diese Einheit setzt sich aus verschiedenen Teilen zusammen. Der Organismus kann in seiner Entstehung und in seinem Wachstum verschieden gestaltet sein. Er kann ein verhältnismäßig einfaches oder auch ein sehr kompliziertes Gebilde darstellen. Notwendig ist nur das Vorhandensein eines gewerblichen Betriebes, gewissermaßen als Gerippe. Zum Gerippe des Organismus gehört das im Geschäft investierte Kapital, die Gerätschaften, ein Warenlager;[1]) auch das Haus kann dazu gerechnet werden, wenn es für den Gewerbebetrieb einen besonderen Wert hat. An dieses Gerippe gliedert sich alles andere an. Der Organismus wächst aus sich heraus, dehnt sich aus, das Geschäft bekommt eine Kundschaft, Bezugsquellen, Kredit, Geschäftsgeheimnisse und anderes mehr. Einzelne Teile aus ihm herausnehmen, hieße

[1]) Abzulehnen ist daher die Scheidung von Handelsgeschäft und Handelsvermögen, die Binder a. a. O. S. 32 vornimmt. Das Handelsvermögen bildet gerade die Grundlage des Handelsgeschäftes.

dem Organismus seiner Lebenskraft berauben oder gar zerstückeln.

Was wirtschaftlich nicht gerechtfertigt ist, ist auch rechtlich unzulässig. Aus diesem Grunde fassen wir den Gewerbebetrieb als Substrat eines Rechts und zwar, nach der heutigen Phraseologie, eines Immaterialgüterrechts, wenn wir auch nicht verkennen, was zur Kritik des Begriffes dienen mag, daß das Substrat teilweise ein sehr materielles ist. Vergleichsweise, um einen Vergleich aus dem Sachenrechte zu gebrauchen, dessen Begriffsbildung natürlich für die Welt der Immaterialgüterrechte nicht ganz paßt, sind die sämtlichen Dependenzen wesentliche Bestandteile, weil auf sie die Begriffsbestimmung des B.G.B. zutrifft, daß sie nicht getrennt werden können, ohne zerstört oder in ihrem Wesen geändert zu werden. Dies ließe sich an jedem einzelnen Teile ausführen. Diese Ausführung soll jedoch, um Wiederholungen zu vermeiden, mit der Kritik der gegnerischen Theorieen über die rechtliche Natur der einzelnen Teile zusammengefaßt werden. Von unserem einheitlichen Begriffe aus lehnen wir es grundsätzlich ab, ein Recht an einem der unselbständigen Teile anzuerkennen.[1])

Wenn wir an dem einheitlichen Begriffe festhalten wollen, so ist es unsere Hauptaufgabe, die Rechtsbegriffe von Firma und Warenzeichen, die sich selbständig gebildet haben, zu zerstören. Firma und Marke haben weder wirtschaftlich noch rechtlich eine selbständige Existenz. Sie haben zwar Vermögenswert, der hervortritt, wenn sie beim Verkauf des Geschäftes besonders in Geld veranschlagt werden; aber dieser Wert beruht nur auf der Zugehörigkeit zum Geschäftsbetriebe. Denn er erwächst daraus, daß Firma und Marke bekannt

[1]) Anders Schramm, der gleichfalls ein absolutes Recht am Gewerbebetriebe entwickelt, a. a. O. S. 40.

sind als Bezeichnungen eines bestimmten Gewerbebetriebes und seiner Produkte, daß diese Bezeichnungen stets in eine geistige Beziehung gebracht werden zu den bezeichneten Gegenständen und eine Erinnerung an deren Qualitäten wachrufen. Diese Ideenverbindung wird zerstört, wenn Firma und Marke von dem Geschäfte getrennt werden, und damit wird also auch der Wert von Firma und Marke vernichtet. Sie individualisieren das Geschäft und seine Produkte im Verkehr; würden sie von einem Geschäfte auf das andere übergehen können, so würde das ebensoviel Verwirrung anrichten, als wenn eine Person den Namen einer anderen annähme.

Dieser wirtschaftliche Zustand findet seinen Ausdruck im Gesetze. Der Gesetzgeber hat bestimmt, daß Firma und Marke nicht ohne das Geschäft, für welches sie geführt werden, veräußert werden können.[1] [2] Damit spricht er ihnen die rechtliche Selbständigkeit ab. Denn was wäre das für ein Rechtsgut, an dem überhaupt kein selbständiges Recht begründet werden kann? Eine Theorie, die diese Rechte richtig erfassen will, muß mit der lex lata im Einklang stehen. Der Gesetzgeber hat, ohne von irgend einer Theorie beeinflußt zu sein, die alle in ihrer heutigen Gestaltung erst neueren Datums sind, Firma und Marke nicht als selbständige Rechtsgüter geschaffen; aus diesem Grunde kann auch keine Theorie sie vom Geschäfte losreißen und ein selbständiges Recht daran aufstellen.[3]

---

[1]) Vgl. H.G.B. § 23, Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen § 7.

[2]) Höchstens können sie bei der Übertragung des Geschäftes zurückbehalten werden. Werden sie aber dann für ein neues Geschäft wieder benutzt, so wird auch ihr Wert neu geschaffen.

[3]) Ähnlich Binder a. a. O. S. 31, 37 Anm. 159. Anders das Reichsgericht Bd. 9. S. 104 und die gemeine Meinung.

Wir verwerfen daher die Theorie der französischen Jurisprudenz, daß ein Eigentum an diesen Gütern bestehe. Die französische Doktrin konstruiert eine propriété du nom commercial, de l'étiquette, de la marque de fabrique, du nom d'une localité.[1]) Wir würden aber die französische Theorie immer noch der Konstruktion vorziehen, die Firmen- und Markenrecht für Individualrechte erklärt. Bei Ablehnung dieser Theorie tritt zu dem Einwande, daß die Rechtsobjekte keine selbständige Existenz haben, für uns noch der Grund hinzu, daß sie nicht ideelle Güter sind. Die herrschende Theorie stellt Firma und Marke mit dem Namen zusammen und erklärt sie für Einrichtungen, die zur Individualisierung der Person und ihrer Produktionstätigkeit im Verkehr dienen.[2]) Schon diese Definition weist darauf hin, daß Marke und Firma in Beziehung zum Erwerbsleben stehen. Durch ihre Verknüpfung mit dem Gewerbebetriebe bekommen sie Vermögenswert. Wenn vermögenswerte Rechte in den Begriff der Individualrechte einbezogen werden, so ist mit diesem Begriffe nichts gewonnen. Er ist dann ein Sammelbegriff,[3]) der weitere aus sich herausgesetzt hat. Ent-

[1]) Vgl. Pouillet: Traité des marques de fabrique 1875 No. 76, 375, 394, 408; Laurent: a. a. O. Nr. 496; Braun: Traité des marques de fabrique. S. 64; Barbier: De la concurrence déloyale. S. 47, 48, 72; Otto Mayer: a. a. O. S. 366, 367; Finger: Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Kommentar 1897. S. 200; auch Ihering: Der Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzung in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 23. S. 304, 310, 311.

[2]) Vgl. z. B. Regelsberger: Pandekten. S. 197; Gierke: Deutsches Privatrecht. S. 724, 726; Kohler: Autorrecht a. a. O. S. 257; Recht des Markenschutzes. S. 5. 73. Zusammenstellung der Anhänger bei Cohn: Neue Rechtsgüter. S. 21.

[3]) Vgl. Gierke: Kritik von Klostermanns Urheberrecht in Goldschmids Zeitschrift für Handelsrecht. 1884. Bd. 29. S. 271 oben; deutsches Privatrecht. S. 260.

weder zieht man ihn eng und versteht nur Rechte an ideellen Gütern darunter, oder man faßt darin die verschiedenartigsten Genußgüter zusammen; dann vereinigt man aber darin eine Anzahl Güter, die keine Ähnlichkeit mehr miteinander haben, indem die einen Vermögenswert haben, die anderen nicht, die einen selbständige, die anderen unselbständige Güter sind, die dritten überhaupt nicht von ihrem Träger abgelöst werden können, nicht übertragbar sind.[1]) Kohler, der den Begriff des Individualrechts neu gestaltet hat, indem er die Immaterialgüterrechte aus dem Begriff ausschied, hat dies auch empfunden, und um die Einheit der Individualrechte zu retten, sagt er, wenn ein Geschäft mit Firma oder Marke veräußert werde, so finde keine Übertragung dieser Rechte statt, sondern der Veräußerer verzichte darauf und der Käufer erwerbe die gleichen Rechte originär.[2]) Diese Konstruktion ist künstlich; ebensogut könnte man jeden Übergang von Rechten so zerlegen. Die Ansicht, daß ein Individualrecht an der Firma bestehe, konnte nur deshalb berechtigt erscheinen und nur darum entstehen, weil die Kaufleute die Firmen aus ihrem Namen zu bilden pflegten, und weil nach der gegenwärtigen Gesetzgebung die Firma eines Einzelkaufmanns den Namen des Inhabers, die Firma einer offenen Handels- und einer Kommanditgesellschaft den Namen wenigstens eines Inhabers enthalten muß, wenn sie eine ursprüngliche Firma ist. Dadurch kommt es, daß Immaterialgüterrecht und Individualrecht bei Firma und Name in ihrem Gegenstande häufig in gewissem Grade übereinstimmen. Aber darum darf man doch nicht übersehen, daß zwei Rechte in solchen Fällen neben einander bestehen und darf nicht die

---

[1]) Vgl. Binding: Die Normen und ihre Übertretung. Bd. 1. 1. Aufl. 1872. S. 196.

[2]) Kohler: Recht des Markenschutzes. S. 5, 14, 16, 18, 77.

Rechte konfundieren wollen, um so weniger, als die Rechte sogar miteinander in Kollision geraten können.[1]) Mit der Eingliederung von Marken- und Firmenrecht in den Begriff der Individualrechte wäre auch für die Sache nichts gewonnen. Denn abgesehen davon, daß sie nicht verletzt werden dürfen, was aber auf jedes Recht zutrifft, läßt sich kaum ein einheitlicher Rechtssatz für diese Kategorie von Rechten aufstellen, wenn sie Vermögensrechte mitumfassen sollen.

Aus dem Kreise der Individualrechte müssen wir auch das Geschäftsgeheimnis für das Recht am Gewerbebetriebe vindizieren.[2]) Ein Geheimnis nennen wir eine Tatsache, von der nur eine oder einige Personen wissen. Das Wesen des Geheimnisses besteht also in der Eigenschaft einer Tatsache, daß sie nicht allgemein bekannt ist. Die Kenntnis einer solchen Tatsache kann für einen Gewerbetreibenden wertvoll sein, wenn sie geeignet ist, seinen Gewerbebetrieb zu fördern; er hat dann ein Interesse daran, daß das Geheimnis nicht offenkundig werde.[3]) Diese Tatsache ist an sich nicht geschützt, ein Privatrecht besteht an sich nicht daran. Aber der Ge-

[1]) Z. B. wenn der Inhaber einer ursprünglichen Firma in Konkurs gerät. Dann ist zu entscheiden, welches Recht das stärkere ist. Das Interesse des Gemeinschuldners an seinem Namen dürfte das Interesse der Gläubiger an dem ihrer Befriedigung dienenden Gewerbebetriebe überwiegen. Daher ist der Konkursverwalter nicht befugt, in diesem Falle die Firma mit dem Geschäfte zu veräußern. Vgl. Entsch. des R.-G. in Ziv.-Sach. Bd. 9. S. 104. Anders muß es sein, wenn die Firma eine abgeleitete oder eine Sachfirma ist. Vgl. Kohler: Recht des Markenschutzes. S. 232.

[2]) Vgl. z. B. Kohler: Die Ideale im Recht a. a. O. S. 239.

[3]) Vgl. Reuling: Der unlautere Wettbewerb und über den Rechtsschutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen. Berlin 1895. Sonderabdruck. S. 84; Friedländer: Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses. Sonderabdruck. S. 22 ff., besonders 37; Finger: „Der Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses nach der bisherigen Rechtsprechung" in der Zeitschrift für unlauteren

werbetreibende hat ein Recht an seinem Geschäftsbetriebe, daher hat er auch ein Privatrecht an einem Tatbestand, der zu seinem Geschäftsbetriebe gehört, weil dieser ein internum des Betriebes ist. — Dieser Tatbestand kann ein mannigfaltiger sein; er kann aus Kundenlisten, Auskünften, Herstellungsmethoden und anderem bestehen.[1]) Dadurch, daß jemand das Geheimnis für sein Geschäft erwirbt, wird es geschützt. Und zwar ist das Recht, das daran entsteht, das Recht am Gewerbebetriebe. Es kann nicht jeder ein Privatrecht an einem unbekannten Tatbestande erwerben, sondern nur der Inhaber eines Gewerbebetriebes innerhalb seines Geschäftes, und nur im Betriebe wird es gegen Eingriffe dritter geschützt. Daraus ergibt sich klar, daß es nicht etwa ein besonderes Privatrecht am Geschäftsgeheimnis ist,[2]) das gar nicht existent werden kann, sondern daß dieses wiederum ein abhängiger Teil des Rechts am Gewerbetriebe ist. Dieser Gedanke läßt sich noch weiter durchführen. Über den geschützten Tatbestand kann der Gewerbetreibende disponieren. Veräußert er das Geheimnis zum Zwecke der Verwertung in einem anderen Betriebe, so wird es wieder geschützt, und

---

Wettbewerb. 1901. S. 35. Entsch. des R.-G. in Straf-Sach. vom 23. II. 1903. Urt. I. D. 5321/02 in der Zeitschrift für unlauteren Wettbewerb. 1903. S. 90.

[1]) Eine Aufzählung von dem, was alles Gegenstand des Geheimnisses sein kann, findet sich z. B. bei Pinner, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz S. 127, 128.

[2]) Also auch kein Persönlichkeitsrecht. Ein solches ist zuerst aufgestellt worden von Ortloff: „Zum Schutze des Geschäftsgeheimnisses, ein wirtschaftlicher sowie strafrechtlicher Vorschlag" in Schmollers Jahrbüchern für Gesetzgebung und Sozialwissenschaft. S. 609. 1883; ebenso: Friedländer a. a. O. S. 48 ff., 54; und andere. Ebensowenig gibt es ein Immaterialgüterrecht am Geschäftsgeheimnis, wie es angenommen wird von Finger, Kommentar zum Wettbewerbsgesetze S. 255 unten; Reuling a. a. O. S. 73 ff.

es steht dem einen Geschäftsmanne in Konkurrenz mit dem anderen ein absolutes Recht zu. Veräußert er es dagegen an einen Nichtgewerbetreibenden, so gibt er es preis. Die Sachlage ist dieselbe, wenn das Geschäft verkauft und das Geheimnis zurückbehalten wird. Natürlich ist dabei zu berücksichtigen, daß der unbekannte Tatbestand, abgesehen von seiner Geschäftsgeheimnisqualität, noch besonderen Schutz genießen kann, z. B. als Erfindung. Aber die Rechtssätze für das Geschäftsgeheimnis sind gleichmäßig für alle Arten dieser Tatsachen zu entwickeln, und es gibt keinen Rechtssatz, der die Benutzung einer Tatsache, die nicht zum Geschäfte gehört, verböte.[1])

Es bleibt uns nun mehr noch übrig, diejenigen Theoriecn abzuweisen, die die Kundschaft von dem Gewerbebetriebe loslösen und ein selbständiges Recht daran begründen wollen. Die Kundschaft hat ebensowenig wie die Firma oder das Geschäftsgeheimnis eine selbständige Existenz. Allerdings hat sie Vermögenswert;[2]) sie ist die Gesamtheit der Beziehungen zwischen einem Gewerbebetriebe und seinen Abnehmern. Aber wie könnten diese Beziehungen bestehen, losgelöst von ihrem Anknüpfungspunkt? Sie würden in der Luft schweben. Die Kundschaft ist ohne Gewerbebetrieb nicht

---

[1]) Zu den Geschäftsgeheimnissen gehören auch die Geschäftsbriefe. Daran liegt es, daß diese Briefe bei einer Veräußerung des Geschäftes dem Nachfolger zukommen. Auch daraus mag man noch erkennen, daß das Recht am Gewerbebetriebe die Geschäftsgeheimnisse mit umfaßt. Dagegen ist das Recht an gewöhnlichen Briefen ein Individualrecht: denn es steht im Zusammenhang mit der Eigenart dieser Briefe als vertraulicher Äußerungen der Person. Vgl. Kohler: Das Recht an Briefen. S. 12 und 51.

[2]) Ebenso Bauer: Der unlautere Wettbewerb und seine Behandlung im Recht. 1902. S. 3; vgl. auch Weiß: La concurrence déloyale. 1894. S. 23, 24; a. M. Schlecht: Die Stellung des unlauteren Wettbewerbs im Systeme des Strafrechts, Sonderabdruck. S. 91.

denkbar. Sie kann auch nicht ohne den Gewerbebetrieb veräußert werden. Ihr Wert ist also nur ein abgeleiteter, ein Teil vom Werte des Betriebes. An unselbständigen Werten können auch keine selbständigen Rechte bestehen. Der Rechtsschutz, den die Kundschaft genießt, ist nur eine Folge davon, daß der Gewerbebetrieb geschützt ist. Welchen Inhalt sollte auch ein Recht an der Kundschaft haben? Kein Kaufmann hat ein Recht darauf, daß ein Kunde bei ihm kauft, kein Konsument eine Pflicht, bei einem bestimmten Produzenten seinen Bedarf zu decken.

Wir lehnen es daher ab, ein Recht an der Kundschaft anzuerkennen,[1]) und weisen jede Theorie zurück, die ein solches Recht aufstellen will. Diese Theorieen sind dieselben, die auch für andere immaterielle Güter, z. B. die Erfindung, das Autorwerk vertreten worden sind. Darunter ist auch die Theorie vom gewerblichen Eigentum, die hauptsächlich von der französischen Doktrin für die Kundschaft verwertet worden ist. Aber obwohl sich im allgemeinen unsere Konstruktion der französischen Theorie am meisten nähert, kann diese uns doch in der Ausgestaltung, die sie hier findet, nicht annehmbar erscheinen. Der französischen Jurisprudenz schien die Kundschaft deshalb das verletzte Rechtsgut zu sein, weil regelmäßig alle Angriffe gegen einen Konkurrenten unmittelbar auf die Eroberung des Absatzgebietes gerichtet waren und Mittel gebraucht wurden, die die Kunden anlocken sollten. Sie suchte daher den Begriff der Kundschaft zu fassen und definierte ihn ziemlich richtig als un ensemble de relations suivies, qui se sant établies entre un industriel et les consommateurs, übersah aber, daß diese Beziehungen nicht für sich allein bestehen. Sie konstruierte daher, um das angegriffene Rechtsgut schützen zu können, ein Eigentum an der

[1] Ebenso Stegemann a. a. O. S. 4, 29.

Kundschaft. Cet achalandage, erklärt Walbroeck, constitue une valeur aussi digne de protection que la propriété materielle. Daher ist die Kundschaft denn auch l'élément incorporel d'une propriété véritable.[1])

Lediglich ein Unterschied im Ausdruck ist es, wenn in der deutschen Literatur die Kundschaft als wirtschaftliches Gut [2]) bezeichnet, ein Immaterialgüterrecht [3]) daran konstruiert wird, und für einen Rückschritt müssen wir es sogar halten, wenn hier an die Stelle des Eigentums das Individualrecht [4]) gesetzt wird. Nicht darum handelt es sich überhaupt, den Begriff der Kundschaft richtig zu konstruieren, sondern von diesem Begriffe loszukommen, die Kundschaft in Beziehung zu bringen zum Gewerbebetriebe, der allein ein Angriffsobjekt für Konstruktionen bieten kann.

Waren die genannten Theorien wenigstens in sich richtig, so fügen die anderen Theorien, die auf die Kundschaft angewendet worden sind, zu dem allgemeinen Mangel der falschen Abgrenzung des Rechtsobjektes noch einen besonderen hinzu. Die eine von diesen, die wir die Delikts-

---

[1]) Vgl. über die französischen Zitate auf dieser und der vorhergehenden Seite: Otto Mayer a. a. O. S. 373.

[2]) Vgl. Träger: „Der Schutz gegen unlautere Konkurrenz im Gebiete des französischen Rechts" in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. 5. Folge. 1. Bd. 1892. S. 196 ff., besonders 204, 211/2.

[3]) Lobe: Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs S. 7. Unentschieden läßt es Örtmann in seiner Abhandlung über „Die Entschädigung der Privatpostanstalten" a. a. O., ob an der Kundschaft oder dem Gewerbebetriebe ein Immaterialgüterrecht bestehe.

[4]) Rausnitz: Zum Gesetzentwurf zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. 1895. S. 22; M. M. Kohler: Das Verbrechen des unlauteren Wettbewerbs (in Belings Abhandlungen zum Strafrecht). 1901. S. 11; Weiß: La concurrence déloyale. S. 32, vgl. aber auch 24, mit unklaren Ausführungen, vgl. die Definition S. 37.

theorie nennen wollen, ist von Otto Mayer [1]) für die Kundschaft verwendet worden, nachdem sie für das Autorrecht schon von Kohler [2]) widerlegt worden war. Mayer erklärt, der Grund des Rechtsschutzes gegen unlauteren Wettbewerb liege darin, daß gewisse Handlungen verboten seien. Diese Theorie beruht auf einer falschen Anschauung über das Wesen des Rechtsschutzes. Ein rechtlich geschütztes Interesse einer Person ist eben ein Recht (Kohler); es sind dabei nicht bloß Verbote vorhanden, als deren Reflexwirkung ein leerer Raum entsteht, sondern der begrenzte Raum ist mit positivem Inhalte ausgefüllt, an welchem Rechte bestehen. Deren Verletzung ist verboten und daher ein Delikt.

Von der Deliktstheorie entfernen sich die Vertreter derjenigen Theorie nicht weit, die die Kundschaft für ein tatsächliches Verhältnis von Vermögenswert erklären, das rechtlich geschützt wird. Sie stellen zwar ebensowenig ein subjektives Recht an der Kundschaft auf; aber der Vorzug rührt nicht daher, daß sie erkannt hätten, die Kundschaft habe keine selbständige Existenz; sondern sie suchen die Ursache dafür, daß sich ein Recht an der Kundschaft nicht bilden läßt, in den Mängeln der anzuwendenden Theorien, besonders derjenigen vom Immaterialgüterrecht und Individualrecht. Daher kommen sie dazu, einen rechtlich geschützten Vermögenswert anzunehmen, an dem kein Recht bestehe.[3]) Solche Güter gibt es gar nicht. Die Aufstellung dieser Theorie enthält ein deutliches Eingeständnis dafür, daß die Kundschaft nicht Gegenstand eines selbständigen Rechtes sein kann.

---

[1]) Mayer a. a. O. S. 434—436 in Verbindung mit S. 371, 372.

[2]) Kohler: Das Autorrecht a. a. O. S. 132 ff., besonders S. 186; vgl. auch: Das Recht des Markenschutzes S. 100.

[3]) Vgl. Schuler: Die concurrence déloyale. 1895. S. 22, 23; Daniel: Darstellung des Verbrechens des unlauteren Wettbewerbs. 1900. S. 61—63.

Alle diese Theorien, die Rechte an einzelnen Teilen des Gewerbebetriebes aufstellen, würden auch daran scheitern, daß ebenso an allen anderen Teilen selbständige Rechte begründet werden müßten. Also müßte auch an den Bezugsquellen, dem Kredit,[1]) dem Renommee,[2]) der Geschäftslage, der Zugehörigkeit der Angestellten zum Geschäfte[3]) und an allen anderen im Gewerbebetriebe außerdem enthaltenen Werten je ein besonderes Recht bestehen; es ist nicht einzusehen, was für ein Unterschied zwischen den Teilen vorhanden sein soll. Zu dieser Konsequenz wird sich wohl niemand verstehen.[4]) Darum kann auch an keinem Teile ein besonderes Recht existieren.

§ 7.

Haben wir bisher den Gewerbebetrieb in seiner Vereinzelung, für sich betrachtet, so ist nunmehr seine Stellung im Wirtschaftsleben zu untersuchen. Das Privatrecht am Gewerbebetriebe ist ein absolutes Recht, das gegen jeden dritten wirkt. Aber deshalb ist es noch kein unbegrenztes Recht;[5]) jedes absolute Recht wirkt nur innerhalb der Schranken, die ihm die derzeitige Wirtschafts- und die Rechts-

---

[1]) Dies wird abgelehnt von Braunschweig: Begriff und Schutz des Kredites nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.

[2]) Vgl. M. M. Kohler a. a. O. S. 11, 13.

[3]) Wegen des détournement d'ouvriers.

[4]) Auch Schlecht zieht diese Konsequenz nicht, obwohl er ausführt (a. a. O. S. 91, 93), die Handlungen des unlauteren Wettbewerbs richteten sich gegen einzelne Rechtsgüter, nicht gegen ein einheitliches Recht. Freilich hat er dabei auch nur den Begriff der Kundschaft im Auge, über den er nicht hinausgeht, und zieht auch nicht alle von uns genannten Werte in Betracht.

[5]) Das wird häufig übersehen und dann die Ansicht ausgesprochen, das Recht könne deshalb nicht bestehen, weil es ja beständig verletzt werden würde, und wenn es bestände, jede Konkurrenz verboten sein müßte, vgl. z. B. Bauer a. a. O. S. 13; der Einwurf ist unzutreffend.

ordnung ziehen. In Vergleich mit dem Privatrecht am Gewerbebetriebe läßt sich die absolute Herrschaft über die einzelnen Sachen, das Eigentum setzen. Der Grundsatz der absoluten Herrschaft über das Objekt, der Fundamentalgrundsatz jeder privatwirtschaftlichen Organisation, wird in der heutigen Gesellschaftsordnung stark beschränkt durch die prinzipielle Unabhängigkeit der einzelnen Individuen. Die rechtlichen Formen, in denen sich die Beschränkungen vollziehen, können verschieden sein. Im heutigen Recht, das Bürgerliche Gesetzbuch hat dies noch strenger durchgeführt, vollzieht sich der Ausgleich zwischen diesen beiden entgegengesetzten Prinzipien durch Abschwächung der sachenrechtlichen Herrschaft in eine obligationenrechtliche Bindung, so im Verhältnis des Eigentümers zum Mieter, auch im Verhältnis der Dienstherrschaft zum Gesinde. In ähnlicher Weise muß das absolute Recht am Gewerbebetriebe in Einklang gebracht werden mit einem anderen, unserer Wirtschaft inhärenten Prinzipe, dem Grundsatz des freien Wettbewerbs.

Es ist notwendig, diese Frage ist bereits oben präzisiert, das Prinzip der individuellen Unabhängigkeit mit dem Prinzipe des freien Wettbewerbs zu vereinigen. Die rechtliche Form, in der sich dieser Ausgleich vollzieht, kann natürlich anders geartet sein wie bei dem Ausgleich zwischen kapitalistischer Wirtschaftsweise und individualistischer Gesellschaftsordnung, die beim Eigentum notwendig geworden ist. Die erste Frage ist, welches von beiden Prinzipien ist das primäre? Ist das Hauptprinzip, wie man bisher annahm, das Prinzip des freien Wettbewerbs, das nur einige Einschränkungen erleidet durch die Notwendigkeit des Schutzes der Individualsphäre, oder erfährt umgekehrt der individuelle Machtkreis nur einige Verringerung durch das Prinzip des freien Wettbewerbs?

Daß die deutsche Gesetzgebung vom Prinzipe des freien

Wettbewerbs ausgegangen ist, erklärt sich leicht durch den Ganz der Entwicklung. Die veränderte Wirtschaftsform, die das „freie Spiel der Kräfte" erzwang, warf die sämtlichen früheren Monopole über den Haufen, sie führte einen vollständigen Auflösungs- und Zersetzungsprozeß herbei. In diesem Prozeß erschien der freie Wettbewerb als das belebende, hauptsächliche Prinzip, das der Volkswirtschaft neue Kräfte zuführte. Nunmehr haben sich aber die Verhältnisse genügend konsolidiert; wir befinden uns nicht mehr in einer Übergangszeit, sondern es heißt jetzt sich einrichten mit der neuen Wirtschaftsform, und es gilt, die nunmehr neugebildeten, abgegrenzten individuellen Vermögenskreise vor unnützer Zerstörung zu sichern, zu erhalten und auf der Grundlage des Vorhandenen weiter auszubauen. Deshalb kann nunmehr in den Vordergrund treten und ist demzufolge auch in der Rechtswissenschaft und der Gesetzgebung in den Vordergrund getreten der Gedanke, daß jetzt vor allem der individuelle Rechtskreis zu schützen sei.

Wie jedesmal, wenn sich eine Wirtschaftsform befestigt hat, ist die Erhaltung des Bestehenden die Hauptsache, und dem an sich auflösenden Prinzipe des freien Wettbewerbs ist nicht mehr Raum zuzubilligen, als mit der Aufrechterhaltung der geschaffenen individuellen Rechtskreise vereinbar erscheint. Volkswirtschaftlich erscheint heute der freie Wettbewerb insoweit gerechtfertigt, als er neue Werte bildet und zur Vermehrung des Nationalreichtums beiträgt. Volkswirtschaftlich ist er nur insoweit zu begünstigen, als er die Leistungsfähigkeit des gesamten Wirtschaftsapparates zu steigern und dadurch Kapital zu bilden vermag. Diese Steigerung vollzieht sich bei der individualistischen Wirtschaftsweise durch die Steigerung der Leistungsfähigkeit der einzelnen Betriebe. Mit anderen Worten: Seine größere Leistungsfähigkeit geltend zu machen, muß dem einzelnen im

Interesse der Gesamtheit gestattet bleiben. Der freie Wettbewerb muß sich vollziehen dürfen durch Geltendmachung größerer Leistungsfähigkeit.[1]) Mehr ist nicht notwendig und mehr ist auch rechtlich nicht zu gestatten. Das Kapital in der Hand des einzelnen, der individuelle Rechtskreis darf zwar faktisch zerstört werden, aber nur deshalb, weil er der Volkswirtschaft im Verhältnis zu anderem Privatkapital Ungenügendes leistet. Eingeschränkt wird der Schutz des Rechtskreises des einzelnen nur durch die Geltendmachung höherer Leistungsfähigkeit, d. h. der Fähigkeit, dieselben Werte mit geringerem Aufwande an Kapital im weitesten Sinne herzustellen, billiger zu produzieren und demzufolge billiger verkaufen zu können.

Diese Formel ist zunächst in der französischen Jurisprudenz zur Herrschaft gelangt, wie Mayer[2]) zuerst erkannt hat. Frankreich, das über eine Anzahl alter, blühender Industrien verfügte, gelangte sehr früh im Vergleich mit den Konkurrenzländern, vielleicht zu früh, zur Konsolidierung der neuen Wirtschaftsform und demzufolge zur Anerkennung des Satzes, daß der freie Wettbewerb nur durch Geltendmachung der größeren Leistungsfähigkeit geführt werden darf. Auch in Deutschland ist in wirtschaftlichen Dingen nur die Geltendmachung der größeren Leistungsfähigkeit gestattet. Dies nachzuweisen genügte die Aufzählung der einzelnen Paragraphen des Wettbewerbsgesetzes. Verboten ist, den Anschein zu erwecken, als ob die eigene Leistungsfähigkeit größer sei, als sie tatsächlich ist, also der Reklameschwindel und die

[1]) Wir legen Wert auf die positive Fassung der Beschränkung des Wettbewerbes, da die negative, die in der Regel durch ein Verbot der Täuschung im Wettbewerbe gegeben wird, nicht ausreicht. Der unlautere Wettbewerb läßt sich nicht definieren, „er ist ein Proteus".

[2]) Otto Mayer a. a. O. S. 377; ebenso Schramm a. a. O. S. 51.

Quantitätsverschleierung; verboten ist es, ohne Geltendmachung der eigenen Leistungsfähigkeit die fremde herabzusetzen: die Anschwärzung des Konkurrenten; verboten ist die Geltendmachung fremder Leistungsfähigkeit, die man als eigene ausgibt.[1]) Darunter fallen die Anmaßung fremder Unterscheidungszeichen, das ganze Marken- und Firmenrecht; verboten ist endlich die geheime Verwendung fremder Leistungsfähigkeit, die Verwertung fremder Geschäftsgeheimnisse, soweit der Besitz des Geheimnisses eben nicht wieder auf der eigenen Leistungsfähigkeit beruht.[2]) Überhaupt ist jede andere Form des Wettbewerbes als die auf der eigenen Leistungsfähigkeit beruhende verboten. Von nicht im Wettbewerbsgesetze getroffenen Formen ist z. B. eine verbotene die, eine andere Ware alsdie verlangte oder eine Ware mit einer anderen Marke dem Kunden ohne eine Aufklärung zu verabreichen, auch wenn kein Betrug vorliegt,[3]) oder für eine Konkurrenzware lediglich deshalb Reklame zu machen, um das Publikum in das eigene Geschäft zu locken und dann vom Kaufe der Konkurrenzware abzuraten und die eigene zu empfehlen.[4]) Gestattet ist eben bloß, die eigene Leistungsfähigkeit geltend zu machen.

Die Formel bietet freilich nicht immer für sich allein ausreichenden Schutz gegen die Auffaugung der individuellen Rechtskreise durch das Monopolwirtschaftssystem. Den Kartellen steht nicht mehr und nicht weniger Recht zu als dem

---

[1]) Vgl. Entsch. des O.L.G. Hamburg in der Rechtsprechung des O.L.G. Bd. 4. S. 242.

[2]) Vgl. Entsch. des R.-G. vom 11. 3. 04. Urt. II. 493/03 in der deutschen Juristen-Zeitung 1904. Nr. 11.

[3]) Vgl. Entsch. des hanseatischen Oberlandesgerichts in der Zeitschrift für unlauteren Wettbewerb 1903. S. 49, 50.

[4]) Vgl. Entsch. des R.-G. in Ziv.-Sach. vom 11. XI. 1902. Art. II. 222/02 in der Juristischen Wochenschrift. Beil. Nr. 1 zu 1903.

einzelnen Unternehmer. Sie dürfen ihre größere Leistungsfähigkeit geltend machen und könnten auf diesem Wege, insoweit sie mit Hülfe größeren Kapitals imstande sind, die Produktion besser zu organisieren und billiger zu produzieren und zu verkaufen, die Einzelunternehmer vollständig überflügeln, zum Aufgehen in dem Gesamtverbande zwingen. Immerhin ist dadurch schon viel erreicht, daß nur die Geltendmachung höherer Leistungsfähigkeit gestattet ist. Gerade der kleine und mittlere Unternehmer kann unter Umständen und wird sehr oft mit geringerem Aufwande an Kapital produzieren können und deshalb leistungsfähiger sein als ein größerer Unternehmer, der mit erheblicheren Unkosten wirtschaftet, und ist infolgedessen imstande, sich zu halten. — Neben dem einzig erlaubten Mittel erscheint auch unerlaubt die bloße Geltendmachung der größeren Kapitalkraft, die ja mit größerer Leistungsfähigkeit nicht identisch zu sein braucht. Unerlaubt erscheinen auch sämtliche Mittel, denen sich ein Kartell mit Hülfe seiner größeren Kapitalkraft zur Unterdrückung der einzelnen Unternehmer bedienen könnte, so der Boykott des Konkurrenten,[1]) der Boykott eines Konsumenten, um ihn von dem Konkurrenten, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, abspenstig zu machen.[2]) [3]) Verboten ist aus diesem Grunde auch, die Waren des Konkurrenten aufzukaufen und zu verschleudern, so daß dieser nichts mehr verkaufen kann,[4]) oder dem Konkurrenten die Bezugsquellen zu

[1]) Vgl. Entsch. des R.-G. in Ziv.-Sach. Bd. 28. S. 238 ff, 248.

[2]) Vgl. Entsch. in Straf-Sach. Bd. 34. S. 15, Entsch. in Ziv.-Sach. Bd. 48. S. 114 ff.

[3]) Vgl. Alexander-Katz: Die unredliche Konkurrenz. S. 35 und 55; Bachem: „Wirtschaftliche Kartelle und unlauterer Wettbewerb" in der Zeitschrift für unlauteren Wettbewerb 1901. S. 34; abweichend Entsch. des O.L.G. Hamburg vom 27. III. 1903 in der Rechtsprechung der O.L.G. Bd. 8. S. 14, 18.

[4]) Vgl. Zeitschrift für unlauteren Wettbewerb. 1904. S. 43.

zerstören.[1]) Unstatthaft würde es auch sein, die eigene Ware zeitweilig zu verschleudern, um die Konkurrenz zu vernichten.

Die verbotenen Maßnahmen verletzen das Recht des Einzelnen an seinem Gewerbebetriebe. Ist dadurch ein Schaden verursacht, so ist ein Ersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 des B.G.B. zu geben. Steht die Schadenszufügung erst bevor, so geht der Anspruch auf Unterlassung. Vom Standpunkte des absoluten Rechts am Gewerbebetriebe folgt die Berechtigung und Notwendigkeit des Unterlassungsanspruchs schon aus der Analogie des Rechtes zum Eigentum,[2]) wenn auch der Wortlaut des § 823 nur eine Schadenersatzklage enthält.

§ 8.

Nachdem wir nun den Schutz des Gewerbebetriebes auf das Recht am Gewerbebetriebe zurückgeführt haben, ist es uns auch möglich, festzustellen, welche Vorzüge diese Behandlung des Rechtsstoffes vor der bisher üblichen bietet, warum wir die Anwendung des § 826 B.G.B. nur als einen Notbehelf betrachten können. Zu dem Zweck müssen wir näher auf die Bedeutung und Aufgabe dieser Bestimmung eingehen. § 826 erklärt es für eine Rechtsverletzung, wenn jemand in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt. Es müssen

---

[1]) Vgl. Entsch. des R.-G. vom 24. X. 1902 in der deutschen Juristenzeitung. VIII. Jahrg. S. 105.

[2]) Vgl. Entsch. des R.-G. in Ziv.-Sach. Bd. 48. S. 120. Die Versagung des Rechtsmittels in der Entscheidung Bd. 35 S. 169 beruhte darauf, daß das R.-G. kein Recht am Gewerbebetriebe annahm. Die von Örtmann: „Unterlassungsansprüche aus unerlaubten Handlungen" a. a. O. gegen die Anerkennung des Anspruchs erhobenen Bedenken entfallen, wie er selbst angibt, sobald der Anspruch auf das absolute Recht gegründet wird.

also Rechtsgüter, geschützte Interessen vorhanden sein, die durch den Verstoß gegen die guten Sitten und die Schadensstiftung verletzt werden. Es liegt nahe daran zu denken, daß es Rechtsgüter des einzelnen sind, die hier geschützt werden sollen, da ja der einzelne den Anspruch hat und zunächst getroffen erscheint. Aber die Rechtssphäre des einzelnen genießt schon ausreichenden Schutz in § 823; unter dieser Norm sind schon alle Rechtsgüter des einzelnen einbegriffen. § 826 muß also einen anderen Zweck haben als den Schutz der Individualsphäre, sonst wäre § 823 überflüssig. Welches ist das Interesse, das hier geschützt wird? — In § 826 wird eine Rechtsnorm gebildet aus den Regeln der guten Sitten. Was die guten Sitten sind, bedarf keiner weiteren Ausführung. Es sind die Lebensinteressen der Gesellschaft;[1]) sittlich ist alles, was der Gesellschaft nützlich, unsittlich alles, was ihrer Erhaltung und Entwicklung schädlich ist und zwar so sehr, daß sie dagegen reagiert. Was das ist, darüber entscheidet die Gesellschaft selbst, sie ist selbst zugleich Zweck und Subjekt des Sittlichen. Alles, was ihren Lebensinteressen zuwiderläuft, erklärt sie für unsittlich und zwar wird die gegenwärtige Anschauung immer unbewußt, als unbewußtes Produkt der Gesamtheit geboren. § 826 schützt also die Lebensinteressen der Gesellschaft. Freilich dient auch § 823 dazu, die gesellschaftliche Ordnung aufrecht zu erhalten, indem er die Individualsphäre schützt, und umgekehrt kommt auch der Schutz der Gesellschaft dem einzelnen zu Gute, in dessen Person die Lebensinteressen der Gesellschaft gefährdet werden. Aber Zweck und Resultat sind die umgekehrten in § 823 und § 826; während in § 823 der Zweck, der zunächst verfolgt wird, der Schutz der Individualsphäre ist und dadurch der Schutz der Gesellschaft

[1]) Vgl. Ihering: Der Zweck im Recht. 3. Aufl. S. 156, 161, 194

mittelbar erzielt wird, sollen in § 826 die Interessen der Gesellschaft in erster Linie geschützt werden. Der einzelne, der verletzt wird, hat hier ein Klagerecht nur, weil ein Gesellschaftsinteresse in seiner Person verletzt wird, gewissermaßen eine Klage im Interesse der Gesellschaft, eine Popularklage, da doch die Gesellschaft selbst nicht klagen kann.

§ 826 schützt also die Interessen des einzelnen nur, wenn durch deren Verletzung ein Lebensinteresse der Gesellschaft gefährdet wird, und zwar nur diejenigen Interessen, die sich noch nicht zu Rechten konsolidiert haben, da ja diese in § 823 schon geschützt sind. Wir sind der Ansicht, daß sich auch ein Recht am Gewerbebetriebe schon gebildet hat, da ja die Faktoren dazu schon gegeben waren; es hat sich gezeigt, daß hier eine besonders gefährdete Stelle im Leben des gesellschaftlichen Körpers vorhanden war, und infolgedessen hat sich der Körper hier mit einem besonderen Schutze versehen. Diesen Schutz stellt die individuell organisierte Gesellschaft eben dadurch her, daß sie die einzelnen Glieder mit einem neuen Rechte ausstattet. Wir halten es deshalb nicht mehr für notwendig, zum Schutze des Gewerbebetriebes den § 826 heranzuziehen.

Sachlich kommt es freilich auf dasselbe hinaus, ob wir den Schutz des Gewerbebetriebes auf die Regeln der guten Sitten oder auf ein Privatrecht zurückführen. Bei der Untersuchung, ob ein Verfahren gegen die guten Sitten verstößt, kann man voraussagen, daß die Begründung der bejahenden Auffassung nicht verschieden sein wird von unserer Begründung des Rechtes am Gewerbebetriebe, das einen absoluten Schutz gegen derartige Angriffe gewährt. Wer ein Privatrecht am Gewerbebetriebe nicht anerkennt, wird auch davon ausgehen müssen, daß eine besonders empfindliche und besonders gefährdete Stelle des Gesellschaftskörpers, d. h. ein wichtiges Interesse der Gesellschaft, bedroht ist; er wird nur

verneinen, daß die Gesellschaft gegenüber diesen Angriffen schon zu einem dauernden Abwehrmittel gegriffen, ein stets präsentes Recht geschaffen hat, und wird die Abwehr in jedem Falle aus dem allgemeinen Grunde heraus erfolgen lassen müssen, daß eben ein wichtiges Gesellschaftsinteresse verletzt wird; er wird die guten Sitten heranziehen. Wir halten das aber für eine Halbheit, weil die Angriffe sich wiederholen und die wiederholte Abwehr doch zur Rechtsbildung führen würde. Denn, wie schon hervorgehoben, geht der Prozeß der Rechtsbildung immer derart vor sich, daß sich aus der Verschwommenheit der guten Sitten neue Rechte loslösen und herauskristallisieren, und so würde das auch früher oder später mit dem Rechte am Gewerbebetriebe geschehen.

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Alexander-Katz: Die unredliche Konkurrenz. Berlin 1892.

Barbier: De la concurrence deloyale. Paris 1875.

Bauer: Der unlautere Wettbewerb und seine Behandlung im Recht. München 1902.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben. Leipzig. 1901. I. Teil.

Binding: Die Normen und ihre Übertretung. Leipzig 1872. Bd. 1.

Braun: Nouveau traité des marques de fabrique et de commerce. Bruxelles et Paris. 1880.

Braunschweig: Begriff und Schutz des Kredites nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Rostock 1903.

Bücher: „Die wirtschaftlichen Kartelle" in den Schriften des Vereins für Sozialpolitik. Bd. 61. S. 138 ff.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Jena 1900.

— Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1902. Bd. 2.

Daniel: Darstellung des Verbrechens des unlauteren Wettbewerbs. München 1900.

Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Halle 1884.

— Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens. Bd. 2. Abteilung 2. Halle 1901.

Endemann: Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1903.

Friedländer: Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses. Berlin 1903. Sonderabdruck.

Finger: Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Kommentar. Berlin 1897.

— „Der Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses nach der bisherigen Rechtsprechung" in der Zeitschrift für unlauteren Wettbewerb. 1901. S. 35 ff.

Gareis: Das deutsche Handelsrecht. 6. Aufl. Berlin 1899.

— Das Reichsgesetz vom 27. Mai 1896 zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Sonderabdruck aus Seufferts Blättern für Rechtsanwendung. 1896. Nr. 21.

Gierke: Deutsches Privatrecht. Leipzig 1895.

— „Der Rechtsgrund des Schutzes gegen den unlauteren Wettbewerb" in der Zeitschrift „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht". 1895. S. 109 ff.

— Kritik von Klostermanns Urheberrecht in Goldschmids Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 29. 1884. S. 266 ff.

Grunzel: Über Kartelle. Leipzig 1902.

Ihering: „Der Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen" in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 23. 1885.

— Der Zweck im Recht. 3. Aufl. Bd. 2. Leipzig 1898.

Inhülsen: „Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs in England" in der Zeitschrift „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht". 1897. 2. Jahrg. S. 234 ff.

Juristische Wochenschrift.

Kleinwächter: Artikel „Kartelle" in Konrads Handwörterbuch der Staatswissenschaften.

Kohler: „Das Autorrecht" in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 18. 1880. S. 129 ff.

— „Zur Konstruktion des Urheberrechts" im Archiv für bürgerliches Recht von Kohler und Ring. Bd. 10. S. 241 ff.

— Kritik von Lebret: „La propriété litteraire et artistique" in der Kritischen Vierteljahrschrift. 1879. N. F. II. S. 191 ff.

— „Die Ideale im Recht" im Archiv für bürgerliches Recht von Kohler und Ring. Bd. 5. S. 161 ff.

— Das Recht des Markenschutzes. Würzburg 1885.

— Das Recht an Briefen. Berlin 1893.

— Handbuch des deutschen Patentrechts. Mannheim 1902.

— „Recht und Prozeß" in Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht. Bd. 14. S. 1 ff.

M. M. Kohler: Das Verbrechen des unlauteren Wettbewerbs. Breslau 1901.

Landsberger: „Welche Maßregeln empfehlen sich für die rechtliche Behandlung der Kartelle." Gutachten zum 26. deutschen Juristentag. Band 2 der Verhandlungen. 1902.

Laurent: Principes de droit civil. tome 20ième. Bruxelles et Paris. 1893.

v. Liszt: Die Deliktsobligationen im Systeme des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1898.

Levy von Halle: „Industrielle Unternehmungen und Unternehmerverbände" in den Schriften des Vereins für Sozialpolitik. Bd. 60. S. 93 ff.

Lobe: Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Leipzig 1896.

— Die Bestimmungen des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs über Reklame. Sonderabdruck aus dem Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. 1897.

Mayer: „Die concurrence déloyale" in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 26. 1881. S. 363 ff.

Meyer: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. Leipzig 1899.

Müller: Kommentar zum Gesetze zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Fürth 1897.

Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

Ortloff: „Zum Schutze des Geschäftsgeheimnisses, ein wirtschaftlicher sowie strafrechtlicher Vorschlag" in Schmollers Jahrbüchern für Gesetzgebung und Sozialwissenschaft. 1883. S. 609.

Örtmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar. Berlin 1899

— „Die Entschädigung der Privatpostanstalten" in der deutschen Juristenzeitung. IV. Jahrg. 1899. S. 93 ff.

— „Unterlassungsansprüche aus unerlaubten Handlungen" in der deutschen Juristenzeitung. IX. Jahr. 1904. S. 616 ff.

Pinner: Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Kommentar. Berlin 1903.

Pöschl: Die Praxis des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Berlin 1903.

Ponillet: Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale. Paris 1875.

Rausnitz: Zum Gesetzentwurf zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Berlin 1895.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Regelsberger: Pandekten. Leipzig 1903.

Reuling: Der unlautere Wettbewerb und über den Rechtsschutz von Fabrikations- u. Geschäftsgeheimnissen. Berlin 1895. Sonderabdruck.

Schlecht: Die Stellung des unlauteren Wettbewerbs im Systeme des Strafrechts. Sonderabdruck. Berlin 1901.

Schmid: „In welchen Punkten ist das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs abänderungsbedürftig?" in der Zeitschrift für unlauteren Wettbewerb. 1903. Nr. 5 ff.

Schramm: Inwieweit ist der Gewerbebetrieb nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches geschützt? Arnstadt 1903.

Schuler: Die concurrence déloyale. Zürich 1895.

Stegemann: Die Vererbung eines Handelsgeschäftes. Leipzig 1903.

Stobbe-Lehmann: Handbuch des deutschen Privatrechts. 1896. Bd. 2.

Träger: „Der Schutz gegen unlautere Konkurrenz im Gebiete des preußischen Landrechts" in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 36. S. 196 ff.

Unlauterer Wettbewerb, Monatsschrift für gewerblichen Rechtsschutz, zitiert als Zeitschrift für unlauteren Wettbewerb.

Valotton: La concurrence déloyale et la concurrence illicite. Lausanne 1895.

Waentig: „Industrielle Kartelle und Trusts" in Schmollers Jahrbüchern für Gesetzgebung und Verwaltung. 1901. S. 1211.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen.

Weiß: La concurrence déloyale. Basel 1894.